CONSVLTA.

1 ON Ioseph de Bayetola y Cabanillas, del Consejo de su Magestad en el Criminal de Aragon, en su vltimo testamento, hecho en Zaragoça à 19. de Iunio del año 1640. ante Lorenço Molès, Notario del Numero, ordenò lo contenido en las clausulas siguientes.

2 *Item quiero, que en la Iglesia Parroquial de Santiago de la presente Ciudad en la Capilla del Santo Crucifixo.* SI TVVIERE EL DIA DE MI FIN, Y MVERTE BIENES LIBRES DE QVE DISPONER, *se funde vn Beneficio, ô Capellania de mil sueldos Iaqueses de renta con veinte mil de propiedad, con obligacion de celebrar cada semana por mi alma tres Missas rezadas;* CON LAS CONDICIONES, PACTOS, Y DRECHOS DE PATRONADO, QVE AL SEñOR DON MATIAS DE BAYETOLA Y CABAñILLAS MI SEñOR, Y PADRE PARECERA.

3 *Item, de todos mis bienes muebles, y sitios, &c. dexo, hago è instituyo en heredero mio vniversal al dicho Don Matias de Bayetola y Cabanillas mi señor, y padre, para hazer, y disponer de ellos* como bien visto le fuere, *al qual le encomiendo muy de veras a Doña Teresa Ponce de Leon mi querida, y amada muger, para que lo haga con ella, como de su Señoria fio, y* LE DE DE LOS BIENES MVEBLES, Y ALHAJAS DE CASA, AQVELLOS QVE LE PARECIERE, Y DE SV LIBERALIDAD CONFIO.

4 El dicho Ilustrissimo Señor Don Matias de Bayetola y Cabanillas, Cavallero del Habito de Santiago, Vicecanceller de los Reynos de la Corona de Aragon, hizo la Fundacion, y Dotacion de dicha Capellania en Zaragoça a 15. de Deziembre de 1642. ante el dicho Lorenço Molès.

5 Y en primer lugar ordenò: *Que la Capellania quedasse fundada en la Iglesia de Santiago, y Capilla del Santo Christo, con obligacion de celebrar tres Missas cada semana, y la dotò en mil libras Iaquesas de Propiedad con cinquenta de Annua Pension.* (Esto es todo lo expressado en el testamento de Don Ioseph de Bayetola) y luego añadiò, que

fuesse Nutual, y Amobible, CON CAVSA, O SIN ELLA. Y declarò, *que el capital, y renta lo cargava todo el señor Vicecanceller* SOBRE LAS CASAS PRINCIPALES DE SV PROPIA HABITACION, sin obligar otros bienes. Prosigue diziendo: *Item me reservo para durante mi vida facultad para añadir, quitar, ò mudar lo que me pareciere.*

6 Passò a nombrar Patrones a la Illustrissima Señora Doña Luisa de Toledo su muger, a sus hijos Don Matias, y Don Miguel de Bayetola, y a sus hijos, y descendientes; Y en falta de estos, *a D. Ioseph Galvan y Bayetola su nieto, y a sus descendientes*: Y en falta de ellos, *a su hija Doña Iacinta Bayetola y Cabanillas, muger de Don Vitorian Esmir y Casanate, y a sus hijos, y descendientes*; Prosigue con otros llamamientos, y concluye, repitiendo la reserva, y añadiendo lo expressado en la clausula siguiente.

7 *Item me reservo poder añadir, quitar, ò mudar la presente fundacion, durante mi vida, en vna, ò mas vezes, y de la forma y manera que me parecerà y lo que assi añadiere, quitare, ò mudare,* HA DE SER, Y SEA PARTE, Y PORCION DE LA PRESENTE FVNDACION, COMO SI EN ELLA LO AÑADIERA, Y QVITARA, O MVDARA.

8 Despues el Illustrissimo Señor Vicecanceller en su vltimo testamento, hecho en la Villa de Madrid a 14. de Mayo de 1653. recibido, y testificado por Don Diego de Sada, Cavallero del Habito de Santiago, Secretario de su Magestad, ordenò, dispuso, y declarò lo contenido en las clausulas siguientes.

9 *Item declaro, que cinco mil ducados que se cobraron con librança de su Magestad, del Reyno de Cerdeña, que se me devian de mis gages, y de otros gastos, que Don Ioseph de Bayetola y Cabanillas mi hijo, del Consejo de su Magestad en la Real Audiencia Criminal de Aragon hizo en servicio de su Magestad en las ocupaciones que fue servido de encargarle en aquel Reyno, de los quales estàn impuestos a censo los quatro mil de ellos, a saber es, los tres mil sobre la Ciudad de Zaragoça, y los otros mil sobre los terminos de Almozara, y los mil restantes, que paran en mi poder, que assimismo se han de poner a Censo; quiero, y es mi voluntad q̃ de los Reditos de los dichos cinco mil ducados, y de quinientos reales de renta, q̃ se han de dar de mi hazienda, se dèn mil reales a cada vna de mis hijas, Doña Iusta, Marcela, y Teresa Bayetola, Monjas Professas en el Convento de Altabàs, para que los gozen durante su vida.*

Item

10 Item declaro, que por aver dispuesto, y ordenado Don Ioseph de Bayetola mi hijo, que se fundasse vna Capellania, ô Beneficio en la Capilla, so la invocacion del Santo Christo en la Iglesia Parroquial de Santiago de la Ciudad de Zaragoça, a donde està enterrado, DE SUS BIENES LIBRES SI LOS TUVIERE, y yo como heredero suyo, AUNQUE NO QUEDARON BIENES LIBRES SUIOS EQUIVALENTES PARA DICHO EFECTO, con el amor Paternal que le tuve, y vsando del poder que me diò, vel altâs, en la mejor forma de drecho fundè, y dotè la dicha Capellania, ô Beneficio con mil sueldos de renta, y veinte mil sueldos de propiedad, que dexè impuestos SOBRE MIS CASAS PRINCIPALES DE ZARAGOZA, con calidad, que mi heredero que por tiempo fuere señor, y posseedor de dichas Casas, pudiesse redimir, y quitar los dichos veinte mil sueldos que quedan impuestos en dichas casas en dos plazos iguales, con condicion, que se buelvan a poner, y cargar en lugar tuto, y seguro, Realenco, ô de Iglesia para dichos efectos, a satisfacion del Vicario, ô Procurador Parroquiano Secular, que por tiempo serà en la Iglesia Parroquial de Santiago, y que esto se executasse todas las vezes que se luyere, y redimiere el dicho censo, como consta de acto testificado por Lorenço Molès, Notario publico del Numero de la Ciudad de Zaragoça, el qual quiero aqui aver por calendado devidamente, y segun Fuero de Aragon; Aora quiero, y es mi voluntad, que la redencion que podia hazer el Posseedor de mis casas, sea, y se entienda quedar hecha, subrrogando en lugar de los veinte mil sueldos que avia de redimir de los que impuse sobre mis dichas casas, otros veinte mil sueldos de los dichos cinco mil ducados que llevo referidos quando llegue el caso de vacar por la muerte de mis tres hijas Monjas, y que en el interim se pague como hasta aqui DE LAS DICHAS MIS CASAS, que han de quedar libres del dicho censo, y tributo despues de la muerte de mis dichas tres hijas.

11 Item quiero, y es mi voluntad, que la primera Patrona de las dichas Capellanias, y demàs obras pias que dexo fundadas, sea mi muy amada Muger, y despues de sus largos dias, suceda en los dichos Patronatos D. Matias de Bayetola y Cabanillas mi hijo, Cavallero del Habito de Alcantara, y Arcediano de Belchite en la Santa Iglesia Metropolitana de Zaragoça: Y despues de sus dias, Don Miguel de Bayetola y Cabanillas mi hijo, Cavallero del Habito de Santiago y Comendador de Paracuellos, y sus hijos, y descendientes legitimos, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon a la hembra: Y en falta de ellos, lo sea Doña Iacinta de Bayetola

la y Cabanillas mi hija, y sus hijos, y Descendientes: *Y en falta de ellos, suceda en los dichos Patronatos Don Ioseph Galvan y Bayetola mi nieto, hijo de Doña Getrudis de Bayetola y Cabanillas mi hija, y del Doctor Iuan Lopez Galvan su marido, y sus hijos, y Descendientes legitimos.*

12 *Item vsando del Poder, y Facultad que me diô el dicho Don Ioseph de Bayetola mi hijo, para que durante mi vida pudiesse añadir, quitar, ô mudar lo que me pareciera, tantas quantas vezes quisiera, en la fundacion que en su nombre he hecho de la Capellania en la Iglesia de Santiago de Zaragoça, quiero, y es mi voluntad, que la misma facultad tengan los Patrones arriba nombrados, cada vno en el tiempo que lo fuere. Y en consequencia de lo qual quiero, y es mi voluntad, que el Capellan que por tiempo fuere de la dicha Capellania de la Iglesia de Santiago de Zaragoça, y de la que de nuevo fundo en la Iglesia de Sãta Maria de la Villa de Exea, el vno, y el otro sean Nutuales, y Amovibles, y que cada vno de mis Patrones los pueda remover, ô quitar,* CON CAVSA, Y SIN ELLA, *siempre que les pareciere, y dar la dicha Capellania a la persona que quisieren,* SIENDO IDONEA, *tantas quantas vezes les pareciere conveniente.*

13 Prosigue su testamento el señor Vicecanceller, y en la clausula 31. (que es en la que dispone de su vniversal herencia) forma vn Mayorazgo de todos sus Bienes; Y para despues de los dias de su hija Doña Iacinta Bayetola, llama à la mitad de dicho Mayorazgo à dicho Don Ioseph Galvan, y sus descendientes (que son los mismos que llamó al Patronado en la Institucion, y prepostero vna linea en el testamento) Y se advierte, que actualmente estàn gozando por iguales partes el dicho Mayorazgo Doña Iosepha Esmir y Bayetola, y D. Ioseph Galvan y Bayetola.

14 Presupuesto el hecho entero, y puntual referido, como por los Instrumentos citados consta, *SE CONSVLTA:* Si el Illustrissimo Señor Vicecanceller Don Matias de Bayetola pudo en su *Testamento* llamar al Patronado de la Capellania de Santiago a Doña Iacinta Bayetola su hija, y a sus hijos, y descendientes, antes que a Don Ioseph Galvan, y a sus descendientes; sin embargo de hallarse estos preferidos en la *Institucion* que hizo de dicha Capellania dicho señor Vicecanceller.

RES-

RESPUESTA, I PARECER DEL SEñOR DOCTOR DON *Miguel Claramunte, del Consejo de su Magestad, Juez de Enquestas de el Reyno de Aragon.*

15 Aviendo dispuesto Don Ioseph de Bayetola, que se hiziesse la fundacion de la Capellania en la forma, y manera, y con las condiciones, pactos, y drechos que pareciera à su padre el Ilustrissimo Señor Don Matias de Bayetola y Cabanillas, Vicecanceller de la Corona de Aragon, entiendo, que en virtud de esta Facultad, pudo en el Acto de su execucion reservarse la de añadir, quitar, ò mudar, y que en consideracion de esta Reserva, y de aver dispuesto en la clausula final de la Institucion, se tuviera por parte, y porcion de ella lo que en adelante quitara, añadiera, ò mudara, como si en la misma escritura de la Institucion lo quitara, añadiera, ò mudara, pudo en su Testamento bolver a disponer del Patronado, mudando el orden de sus llamamientos: Y mucho mas aviendo situado la renta, y capital de la Capellania sobre sus Casas Principales, por no aver quedado bienes libres equivalentes de Don Ioseph de Bayetola, como su Ilustrissima lo atesta.

16 El primero punto de esta resolucion, que concierne a la reserva de añadir, y quitar, y que lo añadido, ò quitado, se tuviesse por parte de la misma escritura, tiene su fundamento en la disposicion de Don Ioseph de Bayetola, porque no aviendo señalado en ella el modo, y forma de la fundacion, ni sus Condiciones, Pactos, y drechos, dependiò todo del dictamen, juizio, y arbitrio de su padre, a quien lo cometiò, y se entiende por este medio elegida su industria, a diferencia de los nudos Executores, y Ministros, a quienes se señala la forma, y modo de lo que han de executar, como advierten Spino *de testam. glos. 5. à num. 32. ad 35.* Gratian. *discept. 101. à num. 20 ad 27.*

17 Y aviendo juzgado, y tenido por conveniente para el mas acertado cumplimiento de la fundacion, hazerla con reserva de quitar, añadir, ò mudar, es parte esta reserva del modo, forma, condiciones, pactos, y drechos que le cometiò, y como tal *innegable* el averla podido hazer en esta forma, sin que para esto se necessite de fundar (aunque se podria facilmente) que el arbitrio fue libre; porque aunque se quiera considerar regulado, no des-

 dize

dize de este arbitrio la reserva de quitar, añadir, ò mudar, antes bien conduce al mayor acierto de la fundacion, y como concerniente a ella, se comprehendiò en la comision, segun la doctrina de Bartul. *in l ambitiosa, â num. 17 ff. de decretis ab ordine faciendis*, donde trata la materia del arbitrio, y su comprehension, reduciendola à tres reglas afirmativas, y dos negativas, que las primeras son; *Quod habentes Arbitrium super aliquo, possunt omnia facere quæ principaliter spectant ad id super quo habent Arbitrium... & omnia antecedentia propter quæ ad illud perveniri potest... & omnia consequentia sine quibus illud explicari comode non potest.* Y las negativas: *Quod non possunt aliquid facere, vel statuere super eo, quod non spectat ad id, super quo eis est concessum arbitrium... nec super eo quod est accessorium alterius, quod non spectat ad id, super quo concessum est arbritrium, licet illud accessorium videatur ad illud spectare.* Y declara muy al intento, que para ser principaliter perteneciente a materia de el Arbitrio, basta que segun el orden, y concepto del entendimiento, se encamine, y dirija al mismo fin, en los *num.* 18. y 19.

18 De manera, que alargandose el arbitrio a todo lo perteneciente, y concerniente a la forma, y modo, condiciones, pactos, y drechos de la fundacion, que se le cometiò, dificultosamente se puede negar, ni injustificar la Reserva de quitar, añadir, ò mudar, porque no se puede dezir que esta sea estraña, y no concerniente, y perteneciente al modo, forma, condiciones, pactos, y drechos de la fundacion, y mucho menos, que aviendola tenido por tal el señor Vicecanceller, pues la puso en la Institucion, como conveniente, ò necessaria para su mayor cumplimiento, y acierto en la voluntad de su hijo, se pueda esta injustificar, especialmente en el Reyno, donde en consideracion de el principio foral, que favorece la letra, obligando a estar a la Carta en todo lo que no fuere impossible, ò contra drecho natural, segun la *Obser. item Iudex de fide instrum.* se deriva en todos vna libre facultad de disponer de sus cosas, como les pareciere, y conforme a ella pudo Don Ioseph dar ampla Comission para la fundacion, y su padre vsar de ella con la misma amplitud; Y el querer estrecharla, entresacando de su contenido, el poder hazerla con Reserva de añadir, y quitar seria ofender la letra, que es general, y no admite restriccion, segun la *Observ. ante penult. de donat.* Bardaxi *in For. de prohibita largit pecuniæ*

pro obtinend.offic.n.1.verſ.Cum hic Forus. Y es comun aſercion de los Practicos, que ſe ofende mas la letra por el medio de la reſtriccion, que por el de la extenſion, D.R.Seſſe *de inhib.c.5.§.9.n.21.* Port. *§. Forus, n.55.& de conſort.c.5.n.33.* Pedro Luis Martinez *in cauſa Proreg.extan.nu.451.*

19 Y por eſſo en las Procuras ad lites ſe comprehende el hazer *Conſentimientos, y Renunciaciones* en perjuizio del cóſtituyente, aunque de drecho procedia lo contrario, como advierte el ſeñor Regente Monter *deciſ.38.nu.20.* por la Clauſula, *que podais hazer lo que yo ſi preſente eſtuvieſſe,* como dize en el *num.33.* dummodo ſe vſe de ellas con buena fee, *num.41.* Y por las miſmas razones de eſtar a la letra, y averſe de deferir en lo arbitrario al juizio, y examen de las perſonas, a quienes ſe comete el arbitrio, tiene dificultad el recurſo, aun en Arbitrios regulados, por lo que ſe halla decidido en el caſo de Suelves *ſemic.1.conſ.3.* y antecedentemente en los que refiere el ſeñor Regente Monter *deciſ.7.nu.4.& 9.*

20 Otra conſideracion tiene eſto miſmo, con la qual ſe confirma la Reſolucion de eſte primero punto, y es, que por medio de eſtas Comiſsiones, quando no ſe deſigna en ellas *la forma, y modo* de ſu execucion, ſe transfiere en el Comiſſario la miſma Poteſtad, que reſidia en el comitente, entendiendoſe eſto de la poteſtad ordinaria, que competia, no por privilegio, y diſpenſacion, ſino por Drecho comun, como reſuelve Spino *vbi ſupra num.46.ad 50.* y por eſſa razon pueden los Arbitros en ſus ſentencias arbitrales vincular los bienes de las partes, ſegun Angelo *conſ.5. viſis inſtrumentis,* y Alexan. *conſ.59.viſo themate,lib.5.* porque como afirma Decio *conſ.11.num.2 in fin.lib.1.* pueden lo miſmo, que las Partes comprometientes.

21 Y no pudiendoſe negar, que Don Ioſeph de Bayetola tuvo Poder, haziendo por ſi miſmo la Fundacion, para hazerla con la Reſerva de quitar, añadir, ò mudar, y que en eſte Reyno es muy frequente, y notoria la coſtumbre de hazer eſtas reſervas en las fundaciones de Capellanias, paſſa à ſer mas ſegura la reſolucion, porque aun las coſas que requieren eſpecial mandato, vienen en la comiſsion general, y ſe entienden concedidas en ella, quando ay Coſtumbre de hazerſe en eſſa forma, Menochio *conſ.203.num.28.& 29.lib.3.* Gratian. *diſcep.279 nu.2.& 950.nu.13.& 14.*

22 Y hablando de la impoſicion de gabelas, que es de lo reſer-

servado al Principe, y en su caso à las Vniversidades, resuelve Bartul. *in d.l. Ambitiosa, num. 15. ff. de decretis ab ordin. faciend.* que aviẽdo costumbre en la Vniversidad de imponerlas, vienen en el Arbitrio y comision general, concluyendo con estas palabras: *Hic enim potest venire in illo Arbitrio, quod de more Populi est, argum. l. Diversorum ff. de pignor. action. cum similibus.* Y no dexa de ser especial el Mandato, porque en la Comision no se individuen todas las cosas que avia de contener la fundacion, pues con aver dado *Poder* para hazerla *de la manera, y con las condiciones que le pareciesse*, se tiene por especial en todo lo concerniente a ella, como advierte Zeballos *commun. contra commun quæst. 135. â num. 1.*

23 El segundo punto, que toca al aver añadido, y mudado el orden de los llamamientos al Patronado, viene en consequencia de el antecedente, porque fuera ociosa la Reserva, si lo que se haze en virtud de ella no huviera de tener subsistencia, y porque se ha de hazer la misma cuenta, que si lo huviera añadido, ò mudado en la misma escritura de la institucion, pues se previno en ella, que lo que en adelante añadiesse, ò mudasse, se tuviesse por parte de la misma escritura, circunstancia que las identifica à ambas, *como se motivò en la reposicion del Condado de Aranda.*

24 Y finalmente porque Don Ioseph de Bayetola no contemplò parientes algunos para el Patronado, sino que todo lo dexò a la discrecion, y acuerdo de su padre, y assi no se puede arguir de injusta su disposicion, y mucho menos en el averlos antepuesto vnos à otros, porque cabe en el Arbitrio regulado de estas elecciones anteponer al menor, como resuelve con otros muchos Castillo *controvers. lib. 4. cap. 36. â num. 22. ad 24.* y es mas regular esta Proposicion, quando no se hallan contemplados en la Comision, segun en casos muy propios del presente resuelven Molin. *de Hispanor. primogen. lib. 2. cap. 4. num. 45. 46. 55. 56. & 57.* Carpio *de execut. lib. 2. cap. 19. â num 48. ad 62. & cap. 24 num. 5. 6. & 12.*

25 Y si se replicare, que aviendo hecho la Institucion, y en ella elegido personas para el Patronado, no pudo despues variar, porque con la primera explicacion de la comision, functus fuit officio, vt tenent los Doctores sobre la ley *Boves 89. §. hoc sermone, ff. de verbor. signif.* Se responde, que esto no tiene lugar, quando la explicacion de el primero acto no quedò hecha absoluta, y irrevocablemente, sino con reserva de añadir, y quitar, porque en estos

terminos se puede bolver a explicar vna, y mas vezes, por razon de no averse perficionado enteramente, como advierte Rebufo sobre el mismo texto, *fol. 541. in fine*, que lo dize con estas palabras: *Secundo non procedit, quando per primam actus explicationem actus non est perfectus; aut non esset intentioni disponentium satisfactum, nec voluntas illius fuerit sortita effectum.* Y para que en Castilla los Comissarios a quienes se comete la disposicion del testamento, no puedan reservarse facultad de añadir, y quitar, ni en virtud de ella hazer nuevas disposiciones, fue necessaria ley particular, que es la 31. *de Toro*, de que haze mencion Noguerol. *allegat. 9. num.*

26 Confirma todo lo dicho, el aver tenido este mismo dictamen el señor Vicecanceller en el exercicio, y vso de su Comission, a que no solo se deve deferir por su grande Dignidad, Calidad de Padre del comitente, y Literatura, sino tambien por lo que con menos circunstancias advirtiò a este intento la Rota apud Seraphinum *decis. 1124. num. 13.* alli: *Facit præterea interpretatio data ab ipso Mario, filio Petri Antonij, qui hoc Mandato in hanc causam vsus est; neque præsumendus est abusus, ne delictum præsumatur, maxime cum hoc Mandatum non receperit sine litteris, & instructione ipsius constituentis.*

27 Sobre ser esto tan claro, assegura por mas infalible la resolucion el aver situado la renta de la Capellania sobre sus Casas Principales, por no aver quedado bienes libres equivalentes, en cuyos terminos no tanto se le ha de considerar, y tener por Comissario al señor Vicecanceller, quanto por principal Fundador, en que tenia propia, y libre disposicion, ad Loterium *de re benefic. lib. 2. quæst. 7. nu. 31.* Y el no aver quedado bienes libres equivalentes se prueba bien, careando las clausulas del Testamento de D. Ioseph con las de la Institucion, y Testamento de su Padre, que juntas hazen prueba cierta de la deficiencia de bienes libres equivalẽtes.

28 Deviendose reparar mucho, que en la Clausula de num. 9. de la Consulta, que es la antecedente a esta, declara el Señor Vicecanceller (Regente entonces del Supremo) que avia cobrado cinco mil ducados de Cerdeña, que se le devian de sus gages. Y añade: *I de otros gastos que D. Ioseph de Bayetola mi hijo del Consejo de su Magestad en la Real Audiencia Criminal de Aragon hizo en servicio de su Magestad en las Ocupaciones que fue servido encargale en aquel Reyno.* Y aunque esta cantidad no podia ser considerable, suponiendo el poco, ò ningun vtil, que tienen de Aragon los señores del Consejo

Criminal por sus Comissiones, sin embargo fue tanta su justificacion que la incluyò en la suma de los cinco mil escudos, que por sus gages cobrò de Cerdeña: Y teniendo a la vista esta porcion, q̃ pudo tocar a su hijo; inmediatamente en la Clausula siguiente atesta no quedaron bienes libres equivalentes para la Fundacion de la Capellania, y que por el amor Paternal la fundò sobre sus Casas Principales.

29 Y quando no concurriera mas que esta Assercion, y Prefacion de su Ilustrissima seria bastante, como resuelve Battul. *in leg. Ambitiosa, num. 27. y 28.* alli: *Cum enim ista Arbitria non concedantur nisi electis, & gravibus personis credendum est eis, in eo quod asserunt, vt in l. 1. de offic. Praefect. prat.* Y tambien por ser en materia extrajudicial, como dize consecutivamente: *Praeterea in istis extraiudicialibus videtur eis credendum, secundum gloss. extra de probat. cap. possessionem.* Y en este Reyno tiene mayor ponderaciò, porque las sucessiones hereditarias son con beneficio de inventario, y quien pretendiere invertir su Disposicion en lo tocante a la Capellania, con motivo de aver quedado, y entrado en su poder bienes libres equivalentes, lo ha de probar, *Oserv. 3. & 4. de postuland. Observ. 12. de testam.* Portol. ad Molin. *§. hares, à num. 30. ad 33.*

30 Y finalmente, porque la Linea preposterada en el Patronado, se halla favorecida, y llamada en el mismo Testamento, à la sucession de la mitad de su Mayorazgo, *que oy està posseyendo*, y segun esto, aunque aliàs no tuviera Potestad el Señor Vicecanceller Bayetola para preposterarla en el Patronado, sin embargo pudo executarlo assi por razon de el *Tantundem* en que la mejorò, segun la opinion cierta, y recibida de todos, que refiere Molin. *de Hispan. primogen. lib. 2. cap. 4. num. 32. y 33.* y por ser individua su Voluntad, explicada en el Testamento, aviendola admitido en lo favorable, no se puede impugnar en lo dañoso, y quien la impugnare en esto, se sugeta à no poderse valer de ella en lo favorable, ad text. *in leg. 1. & 2. de acquir. hared. leg. 5. §. 1. de leg. 2.* vbi communiter Doctores, y se ha juzgado muchas vezes. Assi lo siento: Sub censura. Zaragoça, y Iulio 24. de 1681.

D. D. Miguel Claramunte, del Consejo de su Magestad, Iuez de Enquestas del Reyno de Aragon.

C

He

He visto, y leido con atencion el contenido de esta Consulta, tã doctamente escrita, que mas dexa que aprehender, que no què añadir para la justificacion de su assunto, y assi lo siento. En Zaragoça a 31. de Iulio de 1681.

D. D. Ioseph Felix de Amada, Canonigo de la Santa Iglesia Metropolitana de Zaragoça.

Es cierto, que no ay que añadir a esta, tan doctamente fundada Resolucion, para que en justicia se apoye en todos los Tribunales, pues igualmente la assiste la voluntad del señor Don Ioseph, que no fue otra, que la del Ilustrissimo Señor Vicecancellet su padre, y la de su Ilustrissima, reservada en la institucion, por la qual no adquiriò drecho absoluto, è irrevocable persona alguna, sino sugeto a la variacion de la voluntad, y juizio de su Ilustrissima durante su vida, el qual con la Facultad juridica, y la congruẽ te de dotar, y aun sin ella pudo alterar, y preposterar los llamamientos del Patronado, y assi lo siento. En Zaragoça à 31. de Iulio de 1681.

Doctor Iacinto Alaman.

Los fundamentos de que và assistida esta Consulta son muy solidos, y calificados por toda buena Iurisprudencia; y assi me subscrivo con satisfacion, que tendrà en los Tribunales mas rectos todo el apoyo, què merece su justicia; prout ita iuris, & fori esse sentio. Cæsaraugustæ die prima Augusti, anno 1681.

D. Lamberto Antonio Vidania, Catedratico de Visperas de la Vniversidad de Zaragoça.

El fecho de la Consulta manifiesta su justicia, y equidad, sin necessitar mas, que de su inspeccion para assegurar en mi entender su justificacion, y que califican las doctrinas, que en la Consulta tan al caso, y doctamente se expenden. Assi lo siento, sub Censura. En Zaragoça à primero de Agosto de 1681.

D. Miguel Ignacio Redorad, Assessor del Zalmedina, y Iuez Ordinario de Zaragoça.

Iuzgo

Iuzgo los motivos de la Consulta por gravissimos, y me conformo con su sentir en la misma resolucion que su Autor; y porque assi lo entiendo dì mi parecer. En Zaragoça à 2. de Agosto de 1681.

D. Iuan Lorenço Romeo, Diputado del Reyno de Aragon.

PARECER DEL SEñOR DOCTOR DON BLAS SERRATE, *Canonigo Doctoral de la Santa Iglesia Metropolitana de Zaragoça, y Canceller de Competencias en el Reyno de Aragon.*

31 Parece que el señor Vicecanceller tuvo facultad para executar lo que dispuso en su vltimo Testamento, en la forma que se consulta; y segun ella pudo mudar el llamamiento de familias, que avia nombrado en la Institucion para el Patronado.

32 Lo primero por la Potestad que le diò su Hijo en la clausula de su Testamento, en que despues de aver dicho que se fundasse dicho Beneficio, ò Capellania, *si tuviere bienes libres el dia de su fin, y muerte*, con las obligaciones, y renta que señala, dize: *Con las condiciones, Pactos, y drechos de Patronado, que a dicho Doctor Don Matias Bayetola y Cabanillas mi Señor, y Padre parecerà.*

33 En esta Clausula constituye el Hijo a su Padre Procurador, Comissario, y Executor de su voluntad, para que fundando en el Altar del Santo Christo de la Parroquial de Santiago la Capellania, ò Beneficio de los bienes, y hazienda que tuviere libres el Hijo al tiempo de su fin, y muerte, con mil sueldos de renta, con las tres Missas cada semana, pueda el Padre libremente hazer la disposicion con las condiciones, pactos, y drechos de Patronado que le pareciere; con que siguiendo su voluntad en lo expressado, que es la substancia, en el modo podrà hazer todo lo que quisiere, como no sea contra la principal disposicion.

34 Porque aviendo de seguir el Procurador, Executor, ò Comissario la voluntad del Testador, de la qual pende totalmente la Potestad, ex trad. à Simone de Pretis *de interpr. vltim. volunt. lib. 5. interp. 1. dub. 2. ex nu. 29. vsque ad 40.* Cap. Galeota *lib. 2. controvers. 31. fere per tot.* Borgnin. Cavalcan. *lib. 5. decis. 40. & vlt. num. 9. & 15.* cũ ab eis citatis. Carpio *de execut. lib. 3. cap. 4 fere per tot.* Rota *decis. 107. num. 37. p. 12. recent.* aviendose dado esta al señor Vicecanceller para

fun-

fundar la Capellania con los pactos, condiciones, y drechos de Patronado que le pareciere, siguiendo, y executando la fundació en la forma, y substancia, que el Testador la dispuso, en lo demàs podrà hazer lo que fuere de su voluntad, como lo dixo en estos mismos terminos Borgnin. Caval. *d. decis. 40. nu. 11. & seqq.* y se infiere de la palabra *como le parecerà*, que tiene latissima significació, como en terminos de añadir, y quitar lo dixo Oldrado *cons. 128. nu. 22.* alli: *Et hanc significationem denotant illa verba in statuto comprehensa, prout sibi VIDEBITUR expedire, quæ verba latum habent significatum, VIDEBITUR, idest videri poterit, ff. de statu lib. l. Labeo.* Veale Fontanela *de pact. dot. p. 1. claus. 4 gloss. 26. num. 10. & seqq.*

35 Y aviendo quedado el modo a su voluntad, sin estrecharse a lo que en vna vez declarasse dicho señor Vicecanceller, no deve coartarse su Potestad, a lo que vna vez huviere determinado, pues esto seria limitarle el poder, que el Testador le diò, y que aviẽdo de fundar la Capellania del modo, y condiciones con que le pareciesse, si esto no le pareciò executarlo de vna vez, ni determinarlo, se le quitasse esta potestad, principalmente aviendosela reservado.

36 Ni obsta si se dixere, que el señor Vicecanceller yà instituyò la Capellania, y aviendola fundado con las condiciones, pactos, y llamamientos que le pareciò, functus fuit officio suo, y assi no puede mudar cosa alguna, ni disponer en el Patronado a perjuizio de los llamados, aunque se haviesse reservado essa facultad, ex trad. à Noguerol. *allegat. 9. à num. 33.*

37 Porque se responde lo primero, que la doctrina de Noguerol. con todos los que cita, habla fundandose en vna ley de Castilla, que es la 35. de Toro, que lo dispone, como puede verse desde dicho *num. 33.* en que se ponen sus palabras hasta el *num. 53.* y los mismos Doctores que alli alega, hablan en essos terminos. Sin que de aì pueda sacarse argumento, a que passe lo mismo en Aragon; antes bien deve deducirse lo contrario, pues en este Reyno ay particulares disposiciones, segun sus Fueros, de que se ha de estar al instrumento, *Observ. 1. de equo vulnerato, Observ. item Iudex de fide instrum.* con los Autores que cita Suelves *in cent. cons. 17. num. 5. & cons. 25. num. 4.* copiosè Ramirez *de leg. Reg. §. 19. num. 19. lit. S.* Y assimismo, que todas las disposiciones contenidas en los instru-

mentos, deven observarse, como no sean impossibles, ò contrarias al drecho natural, y Divino, vt ex Portoles *verb. Instrumentum, â num.68.* tradit Suelves *d. consl.25. â num.4.* Cuenca *in sehol. comand. clausl.27. num.11.* Ramirez vbi proxime.

38 Y lo que mas es, puede vno en diferentes vezes hazer su testamento, ex *Observ. item 10. de testam.* Y assi parece, que no repugnando al drecho natural, y Divino lo contenido en la disposicion del señor Vicecanceller, antes bien siendo aquella muy conforme a la potestad que su Hijo le diò, deve ser valida sin disputa.

39 Lo segundo se responde, que la disposicion de dicha ley 35. de Toro, y lo que sobre ella escriven los Doctores, si bien se atienden sus palabras, solo prohiben, que el Comissario pueda revocar, alterar, ò mudar lo que vna vez dispuso en lo tocante a la substancia de lo que el Testador le encomendò, como si en el caso presente el señor Vicecanceller con la facultad que le dexò su Hijo, y con la que se reservò de añadir, ò mudar, quisiera quitar algo de lo substancial, como es la fundacion de la Capellania, lugar, Missas, renta, ò lo demàs que expressò, no podria hazerlo, pues excederet vires suæ potestatis; pero en lo que toca al modo, que dexò a su Arbitrio, y las condiciones, y circunstancias, siendo Padre, persona tan docta, y prudente, es sin duda, que podria mudar, y variar en la execucion, pues esto, como dixo Ioan. Moneta *de coniect. vltim. volunt. lib.1. cap 5. num.62. in fin.* no es alterar la substancia, *sed solum testatoris voluntatem vberius; & verbis congruis exprimere, & addere id quod non mutata substantia actus, magis facit ad eius confirmationem, &c.* Prueba esto mismo Barbosa con los que cita *lib.2. voto decis. vot.56. nu.43.* Lara *de Aniv. & Capell lib.1. cap 14 â nu.22.* Rota apud Farin *in recent. p.1. decis.79. num.5. & decis.84. num.7. & par.2. decis.240. num.4. & seq.*

40 Lo tercero se responde, que aun admitiendo, sine veri præiudicio la opinion que siguen, y dizen ser comun Molina *de Hispan primogen. lib.2. cap.4. â num.22. vbi eius Additionatores* con muchos, Flores Diaz de Mena *in addit. ad decis.36.* Gamæ *sub num.1.* Ludovic. de Molina *de iust. & iure, tom.3. disp.393. per tot.* de que dada a vno simpliciter en testamento la facultad de elegir, y disponer, si elige, ò dispone vna vez por acto inter vivos, no puede bolver a elegir, ò disponer mas vezes, ni revocar la primera disposicion:

en

en nuestro caso no puede tener aplicacion, ni pueden hazer fuerza sus fundamentos, aunque la Institucion se repute por acto inter vivos. Porque aviendose hecho con las clausulas, y reservas que se dizen en la Consulta, no ay, ni pueden juzgarse muchas disposiciones del señor Vicecanceller, sino vna sola; pues, ò la Institucion, y Testamento respecto de estas clausulas, deven juzgarse vna escritura, ò dos distintas: si fuere vna escritura, que parece muy conforme a la Institucion, pues en ella se expressa *que lo que se añadiere, quitare, ò enmendare en vna, ò mas vezes, aya de ser porcion, y parte de la fundacion, como si en ella lo añadiera, quitara, y enmendara;* aviendo de declararse, y entenderse vna parte de la escritura por otra, *l. Mevia 44. de manum. testut.* con lo demàs que trae Suelves *de cons. 17. num. 7. l. qui filiabus ff. de leg.* 1. Angel. *cons. 281. nu. 5.* Cesanate *cons. 47. num. 42.* avrà de estarse a esta vltima, en que corrige, declara, ò enmienda lo que en la antecedente avia dispuesto, y con esto deverà subsistir el llamamiento de familias que alli haze al Patronado.

41 Si las escrituras se reputan dos distintas, no puede negarse, que la vna haze relato a otra, y que la primera es como condicional, no disponiendo lo contrario, y que deve hazer relato a lo que despues declarare; y como el relato està en el referente con todas sus calidades, segun las doctrinas comunes de la ley *Asse 77. de hær. inst. leg. si ita scripsero 38. ff. de condit. & demonst.* cum latè congestis à Castillo *controvers. to. 4. c. 43 & to. 7. de tertijs, c. 5. n. 3.* Suelv. *cum plurib. cons. 12. n. 8. & cons. 18. n. 8.* Valenz. *cons. 102. à nu. 90.* aunque estas dos respecto de los actos de sus otorgamientos se reputen diversas, respecto de la Disposicion en lo que expressaren, deven juzgarse por vna sola, como lo dixo expressè con muchos Fontanela *de pactis nupt. tom. 2. claus. 5. gloss. 10. p. 2. num. 18. & seqq.*

42 Y si entre ellas no se hallare conformidad, porque contiene mas la vna, que la otra, siempre se deve atender al relato, como punctim lo dixo Castillo *d. cap. 43. num. 26. & 27. & d. cap. 5. num. 8.* Amatis *decis. 49. per tot.* Camillus de Medicis *cons. 159.* Fontanela *de pact. claus. 14. gloss. vnica, tom. 2. par. 1. à num. 26.* Barb. *axiom. 201. num. 6.*

43 Con que parece, que en nuestro caso, siendo vna la disposicion, aunque se considere hecha en diferentes instrumentos,

no puede dexar de ser valida, pues en ella, a mas de la potestad, nunca ha avido Disposicion plena, y consumada de vna vez, y assi no puede dezirse, que se extinguiò la Potestad que tuvo el señor Vicecanceller.

44 Lo quarto se responde, que aunque el señor Vicecanceller no pudiera corregir, ò enmendar, &c. (que es muy dificultoso en Aragon, aviendose reservado essa Potestad) no se le puede negar, que como Comissario, y Executor tenia la Potestad de declarar lo que avia dispuesto en la fundacion, punctim Carpio de executorib. lib. 3. cap. 5. â num. 10. ibi: *Cæterum singulare dubium incidit, an Commissarius testamentum ab eo factum arbitrium, seu electionem declarare possit? Pro cuius dubitationis resolutione repetenda sunt quæ luculenter descripsimus supra lib. 2. cap. 5 per tot. vbi circa declarationis cognitionem (per suas partes distinctam resolvimus) quod declaratio propriè sumpta non addit, nec adimit dispositioni, nec eius substantiam respicit, sed circa circunstantias versatur, & quod ex debitis, & verosimilibus coniecturis fieri debet, & si ineptè facta fuerit recursus est ad arbitrium boni viri, quæ post ibidem scripta bis diebus vidimus comprobata per Castill. tom. 6. controvers. cap. 182. num. 23. 24. 25. 41. 42. & alijs, & cap. 184. nu. 1. 4. & seq. Vnde est quod Commissarius declarare poterit primam dispositionem, cum eius substantiam non revocet, nec immutet. Ita in terminis inferens ad d. l. 35. Tauri docet Mieres de maiorat. 1. p. q. 44 num. 114. & sequitur Castillo d. cap. 184. num. 2. cum alijs, vbi ab opinione Matienzi recedit contrarium insinuantis.*

45 *Nec obstat* (prosigue) *d. l. 35. Tauri, ibi: ô declaracion alguna, intelligenda enim est in declaratione impropria scilicet dispositiva, quam aliquid additur, vel adimitur, seu revocatur; non autem in declaratione* propriè *sumpta*, quæ non respicit substantiam dispositionis, *vt notant Casanate, & Castillo proxime citati, quod satis ex casibus superius expressis, & æquiparatis, ab ipsamet lege firmatur, ibi: Aunque reserve en si el poder para poderlo revocar, ô para añadir, ô menguar, qui declarationi propriè sumptæ non conveniunt, cum circunstantijs proprijs accedat ex dictis lib. 2. cap. 5. quidquid aliud intendat Matienzus in eadem leg. 9. tit. 4. lib. 5 gloss. 4. vol fin.*

46 Esta doctrina persuade, que el señor Vicecanceller, aunque no tuviera la facultad (que la tuvo infalible) de añadir, y quitar a la fundacion por aver dispuesto, no està privado de po-

derla

derla declarar; antes bien la tiene, como no mude la substancia, sino las circunstancias. De su Testamento claramente resulta, que llegando a hablar de la fundacion, que avia hecho, no vsa de otros terminos, que del de la declaracion, como se vè: *Item declaro, que por aver dispuesto, &c.* Luego por la naturaleza de la declaracion no se le puede negar la potestad de hazer el llamamiento del Patronado, que hizo en su vltimo Testamento, pues en ella se verifica que vsa de la facultad que le diò el Testador para poner las condiciones pactos, y drechos de Patronado, que le pareciesse. Y pues no quitò el Patronado a Don Ioseph Galvan, si solo prefiriò el Señor Vicecanceller a su hija Doña Iacinta, no alterando las tres cosas que expressò su Hijo; con propiedad se puede dezir, que declarò in non substantialibus.

47 El segundo fundamento con que se prueba, que el señor Vicecanceller tuvo facultad para mudar dicho llamamiento de Familias para el Patronado, consiste en que no solo fuè Executor, Comissario, y Procurador de su Hijo en la Fundacion de la Capellania, ò Beneficio, sino que tambien puede llamarse Fundador, ò Instituyente de ella: Porque la fundacion de la Capellania hecha por el señor Don Ioseph Bayetola fue condicional, como consta de su Testamento, *si tuviere el dia de mi fin, y muerte bienes libres de que disponer*; y como resulta de la *Atestacion* del señor Vicecanceller su Padre en su Testamento; *no quedaron bienes libres suyos equivalentes para el dicho efecto*, con que parece, que como Executor a solas, y Comissario no la fundò, pues non extitit conditio, extrad. à Lapo *alleg. 21. nu. 4.* ni tuvo obligacion de fundarla ex communi principio de que los Actos condicionales ante existentiam conditionis, no devē cumplirse, *l. qui heredi, §. vlt. ff. de condit. & demonst.* con los demàs textos, y copia de Doctores q̃ cita Valenzuela *cons. 2. à n. 72.*

48 De lo contenido en dicha clausula, y tambien de la del Testamento del señor Don Ioseph Bayetolà, en que dexò heredero a su Padre para hazer, y disponer de sus bienes, como bien visto le fuesse, encomendandole muy de veras a la señora Doña Teresa Pōce de Leon su amada muger para q̃ lo haga, como de su Señoria fia, *y que le dè de los bienes, y albajas de casa aquellos que le pareciere, y de su LIBERALIDAD confia,* por el amor, que assi su Señoria, como el Testador le tenian, se colige que verosimilmente creia el funda-

dor, que no tenia bienes bastantes para la Capellania, y assi sola la liberalidad de su Padre en que confiò para todo, y el amor Paternal que su Señoria le tuvo, pudo ser Motivo à que aunque faltassen bienes libres del Testador, El señor Vicecanceller, vsando del poder que le diò, *vel aliàs* en la mejor forma de drecho fundava la Capellania, ò Beneficio con mil sueldos de renta, y veinte mil sueldos de propiedad, que dexò impuestos sobre sus Casas Principales de Zaragoça, y de esto resulta claramente, que el señor Vicecanceller es fundador de la Capellania, ò Beneficio; porque Fundator dicitur propriè el que dà dote al Beneficio, ò algun fundò, ò cosa de su propio patrimonio, latè Moneta *de comut. vlt. cap. 10. num. 14.* con muchos Doctores, textos, Canonicos, y Capitulos del Concilio Tridentino, Barbosa *ad cap. 12. Concil. Trid. sess. 14. de reformat.* con muchos.

49 Y teniendo esta calidad de Fundador, no solo pudo in limine fundationis poner los Pactos, condiciones, y reservas, que le pareciò *cap. cum dilectus, vbi gloss. verb. Constitutam de consuetud. cap. nobis de iure Patronatus*, con muchos otros textos, y Doctores que cita, y sigue Viviano *de iure Patronat. lib. 1. cap. 8. per tot.* Surdus *consil. 8. num. 8.* Loterio *de re benef. lib. 1. quaest. 31. fere per tot.* el qual en el *num. 14.* diò la razon de esto, his verbis: *Ratio autem cur in statuendis huiusce legibus tantum deferatur voluntati defunctorum constituta est super favore Ecclesiae, vt ij alliciantur, & non retrahantur à fundationibus, ideoque pro arbitrio de rebus suis licet disponere, l. in re mandata, &c.*

50 Sino que tambien puede mudar, y alterar las condiciones, calidades, y llamamientos que hizo en la Institucion, principalmente aviendose reservado esta facultad, aunque sea Beneficio Eclesiastico, haziendolo en este con consentimiento del Ordinario, Lambert. *de iure Patronat. lib. 1. p. 1. quaest. 9. nu. 99. art. 1. & latè art. 2.* Garcia *de Benef. 7. par. cap. 1. num. 103.* Ioan. Moneta *de comut. vltim. vol. cap. 10. nu. 230.* ibi: *Limitari quoque potest secundo haec posterior pars conclusionis vbi fundator cum Ordinarij consensu in limine perfectae fundationis reservasset sibi facultatem immutandi qualitates à se in Beneficij fundatione appositas per ea quae idem met, & Lambert. adducit, &c.* y tambien dize lo mismo *num. 238.*

51 Y en terminos de mutacion de Patronado dexado à ciertas Familias, que el Instituyente puede mudarlo todas las vezes

que

que le pareciere, y aplicarlo a otras, es copioso, y al intento el *conf.* 63. de Valenz. en donde latamente toca este punto, y lo decide con muchissimos fundamentos, y razones, y con todas las circunstancias que pueden discurrirse a este assumto, y singularmente en el *num.* 72. dize assi: *Et ita merito (vt asseritur) Rota decidit potuisse dictum Institutorem remittere in secunda scriptura vocationes quas in prima fecerat de his qui ad Capellanias præsentandi erant, & præferendi, tam in prima vocati non possint se iuvare illius dispositione, cum institutor in ea non perseveraverit, sed ab ipsa discesserit, ad l. vnum ex familia, &c.* Y aunque alli se hizo la mutacion con Indulto Apostolico, fue porque con èl se fundaron das Capellanias Eclesiasticas, y colativas de que se trata, y no se concediò tanto el Indulto para la mutacion de los llamados, quanto para los estatutos que podia hazer el instituyente para el buen govierno de los Capellanes, y para el cumplimiento de las obligaciones de las Capellanias, como se puede ver en las palabras copiadas por el mismo Valenzuela en el *num.* 57. de dicho *conf.* 63.

32 Y si en las Capellanias, y Beneficios Eclesiasticos, que lo son propiamente, por ser colativos, y estar sugetos al Ordinario, y Fundados con su Decreto, reservada facultad de añadir, y quitar, puede el Fundador mudar los llamamientos, como se ha visto: en esta Capellania, nutual, y amovible, y que no tiene cosa alguna de espiritualidad, ni està sugeta al Ordinario, ni se funda con su Decreto, *Garcia de Benef. par.* 1. *cap.* 2. *à num.* 81. *Gonçalez ad reg.* 8. *gloss.* 5. *à num.* 19. *Ferencil. in addit. ad decis.* 1. *Burat. num.* 22. no puede dudarse, que el Fundador reservada la facultad de añadir, y quitar, podrà vsar de ella, como le pareciere, optimè Gonçalez *vbi proxime, num.* 42. ibi: *Huc pertinet, quod fundator Beneficij cum consensu Ordinarij, licet non possit postea aliquid mutare, nec alterare sine ipsius Ordinarij consensu. Milius in repertorio, vers. Patronus in fundatione. Roch. de Curte de iure Patron. verbo Pro eo, &c. in Capellanijs autem de quibus agitur* (que son de las meramente laicales, y nutuales, que ay en España de que habla desde dicho *num.* 19.) *Secus erit, cum Beneficia Ecclesiastica non sint, nec Episcopus se intromittere possit. Rebuffus, &c.* Si esto passa en terminos comunes, aviendo reserva, no parece puede quedar la mas leve dificultad.

33 El tercer fundamento consiste en que el señor Vicecan-

celler se reservò en dos clausulas de la Fundacion la facultad de añadir, quitar, ò mudar durante su vida, en vna, ò mas vezes de la forma, y manera que le pareciesse; y quiso fuesse parte de la Fundacion lo que mudasse, ò quitasse; como si en ella estuviera quitado, mudado, ò añadido, segun resulta de las Clausulas, y estando estas reservas, y aviendo vsado de ellas dicho señor Vicecanceller, no parece se puede dudar de su facultad.

54 Lo primero, porque estando dichas reservas, la Potestad de disponer que tiene, no se consume con vn acto, sino que puede repetir todas las vezes que le pareciere. Tir aque lo in l. Boves, § hoc sermone de verb. sign. lim. 26. alli: *Vigesimo sexto limita procedere, nisi dispositio permittens, aut aliter disponens aliquid fieri quomodocumque, vel quotiescumque quis voluerit, tunc enim ea dispositio non vno actu consumetur ob vim & significationem huiusmodi dictionum, quæ iterationem important, vt magna authoritate affirmat Anchar. inus in cap. nunc vero. 9. q. 3. quem sequitur Dom. cons. 97. sup. 1. dub. com. 1. vers. Prætextu illius, & vbi authoritate illius dicit eam dictionem* quoties *esse eius naturæ, vt importet omnimodam iteri potestatem variandi, ex hoc quoque fit Caput non potest de Præb. lib. 6. quo dicetur dispensationem ad duo beneficia intelligi de duobus primis tantum, vt diximus supra num. 28. incipit. 17. huc accedit non procedere quãdo in dispensatione essent illa verba QVOTIES SIBI PLACERET.* Pruebalo mismo con muchos DD hasta el fin de la limitacion, y sigue esto Fontan. *de pact. to 1. claus. 4. gloss. 26 â n. 23.* Valenz. *â. cons. 63. nu. 62.* con la potestad de dichas Clausulas sintiò lo mismo, alli: *Et clausula toties quoties mutandi præsefert iterationem, Rota decis. 15. num. 3. & decis. 227. nu. 2. p. 1. Sacr. Palat. Additionat ad Mohed. decis. 7. de appellat. interpretanturque quod quotiescumque vellent possent mutare, & reformare statuta prima;* cita à muchos, y prosigue despues *num. 63. Et ita non solum potuit dictus institutor semel nominationes mutare, vt fecit in prima scriptura, sed multoties vsque ad vltimum vitæ spiritum, ex trad. per Hieron. Gonçalez ad reg. 8. Cancell. glos. 11. â nu. 92. &c.*

55 Lo segundo, porque el señor Vicecanceller vsando de la Potestad que se reservò, y del Poder que le diò su Hijo, aviendo en la mejor forma de drecho, vel allàs fundado esta Capellania, cargando la Renta sobre las propias Casas de su Señoria Ilustrissima, por no quedar bienes libres del primer Instituyente, mudò la Clausula del Patronado, anteponiendo la familia, y descendencia

de

de su hija Doña Iacinta Bayetola, a la de Don Ioseph Galvan y Bayetola su nieto, y sola la atestacion que haze de que lo executò con poder, y facultad de añadir, y quitar, que tuvo de su Hijo, y aun estendiendo esta a los Patrones que nombrava, como resulta de las Clausulas de la Consulta, es evidente conjetura de que lo tenia, siendo vna Persona tan Ilustre en sangre, y letras, y de tan acreditada opinion, y con las calidades, y prendas tan notorias, sobre la ocupacion tan digna de hallarse Vicecanceller, y aver ocupado tantos Puestos, y Dignidades, circunstancias todas, que aunque no pareciera el *Poder*, ni le tuviera, hazen vna concluyente, y legitima presuncion de que lo tenia: Son muy al intento vnas palabras, que en caso semejante dize Castillo *de tertijs, tom. 7. cap. 5. num. 12.* alli: *Deveniendo autem ad doctrinas, quas in contrarium ponderantur, & referuntur supra, vt satisfaciamus, responsumque præbeamus illis, animadverto, quod quamvis regulariter referens non operetur, nec inducat dispositionem, nisi de relato, aut de dispositione enunciata, & relata appareat, idque maxime in materia in qua disponens libere disponere non potest; attamen inducit fortissimam, & vrgentissimam coniecturam, vt credendum sit verum esse relatum, & ad movendum Iudices, vt ita credere debeant. Est etiam concludens, & violenta præsumptio, quando referens esset* Persona integræ, & magnæ fidei, & opinionis, & qui vltra veritatem ipsam non enarraret, aut referret, *& tanto magis si esset Princeps Supremus, vt per Ancharr. in cons. 141. in vers. 2. loco coadiuvatur, Surdam cons. 245. num. 22. lib. 2. & ita specifice egomet notavi in com. tom. 4. d. cap. 43. num. 43.*

56 Lo tercero, porque el mudar dicho Patronado, lo executò el señor Vicecanceller en su vltima voluntad, y no es creible, que sin tener Potestad, estando muy cercano à la muerte, por ser de edad de 90. años quando testò, quisiera hazer dicha declaracion, en que muda el Patronado de las familias, anteponiendo vnas à otras; pues de lo contrario se seguiria aver de inferirse, q̃ querria hazer vn acto elusorio, fingir, y engañar, y defraudar en lo que executava, y atestar de vn Poder que no tenia, lo qual no se presume en los actos hechos in articulo mortis, como lo dixo Quintiliano *orat. 17. Nuntio vobis Sanctissimi viri, nihil à morientibus fingi, nihil vita laborante simplicius*, con lo demàs que abunde trae Valenz. *cons. 102. à num. 96.* antes bien a ellos se les dà mucha autoridad, aun

que antes no la tuviessen. Valenz. *ubi proxime à num.* 101. Polid. Ripa *de est in att. cap. 45. num. 5. & seqq. & cap. 5 n. 1.* Riccio *collectan. 1790.* alli: *Ratio autem ea communiter assertur: quia non est verisimile quòd moriẽs talem scripturam dimisisset, si vera non esset. Afflict. in decis. 400. Gratiano in decis. Rota Marchiæ 94. num. 13.* El mismo Graciano *discept. for. cap. 429. num. 13. & cap. 710. num. 7.* Y mas siendo de Persona tan Illustre, de tanta verdad, autoridad, y credito tán conocido, como lo era dicho señor Vicecanceller. Mantica *decis. 363. num. 5.* alli: *Præsertim, quia non est verisimile defunctum qui laudabiliter vixerit in suis rationibus falsum scripsisse, & salutis æternæ in merorem fuisse, &c.*

57. Estas Doctrinas tienen puntual aplicacion, reparando lo que contiene la Clausula del num. 9. de la Consulta, en que haze memoria de lo que cobrò por las Comissiones, que su Hijo hizo en Aragon, como Consejero Criminal, quan poco seria esto, facil es de persuadir, y sin embargo, no lo olvidò. Passando en la siguiente Clausula a declarar, y atestar, que no quedaron bienes equivalentes para la Capellania, cui assertioni prorsus standum est ex supra congestis.

58. Lo quarto, porque dichas Clausulas, assi de las reservas, como la declaracion hecha en el Testamento del señor Vicecanceller, serian superfluas, y de ningun efecto, sino pudiera executar su Illustrissima lo que dispuso a cerca del Patronado: Y como en todos los actos, y disposiciones deve evitarse la superfluidad. *l. 1. §. quibus, Cod. de nov. Cod. fac. leg. fin. Cod qui admitti, Clement. exivi, § quamvis,* vbi Zabarel. *num. 220. de verb. signif.* Roland *cons. 62 num. 30. & seq. lib. 1.* Gratian. *discept. cap. 306. nu. 16.* Menoch. *cons. 81. nu. 32.* Farin. *in recent. tom. 2. decis. 702. num. 3.* Tusch. *concl. 895. num. 38. lit. S.* Barbosa *axiom. 216. num. 1. cum seqq.* Mantica *de tacit. & ambig. tom. 1. lib. 2. tit. 12. per tot.* parece que en este no la puede aver, y assi deve juzgarse legitima la disposicion.

59. Lo quinto, y vltimo, porque si esta disposicion vltima, respecto de la alteracion del Patronado, no pudiesse subsistir, devia ser porque perjudicava a la familia del señor D. Ioseph Galvan y Bayetola, que antes avia nombrado, preposterando su llamamiento al de mi señora Doña Iacinta Bayetola; pero este perjuizio no es considerable en derecho, a mas de las razones, y fundamen-

E tos

nos que arriba se han ponderado; porque por este daño (si assi se considerasse) ya se le diò el Beneficio, y vtilidad de hazerle igual en el Mayorazgo, que de sus bienes, y hazienda instituyò dicho señor Vicecanceller, de suerte, què oy actualmente goza la mitad de los dichos bienes del mismo modo que la otra familia (que es muchas vezes doblado el *Tantundem* de vtil de la Capellania) Y por esta causa parece, q̃ solo por ser disposicion del dicho Illustrissimo señor Vicecanceller, devia passarse por ella, para no dar lugar a la quexa de que impugne su disposicion, qui illam defendere tenetur, Decio *cons. 306 n. 6.* Fusar. *de subst. q. 621. n. 14. & 15.* Valenz. *cons. 65. n. 76.* singularmente no pudiendose llamar perjuizio el que se mude el Patronado, adelantando à la hija del señor Vicecanceller, y prepòsterando al nieto en vna sola linea, pues siempre deven juzgarse mas predilectas las personas de los hijos, que de los nietos, ex traditis à Fusario *de substit. quaest. 468. nu. 9. & seqq.*

Ex quibus omnibus entiendo, que sin DISPVTA deve juzgarse por el valor de la disposicion vltima hecha en el Testamento del señor Vicecanceller del modo que se consulta: Salva semper meliori Censura. En Zaragoça a 1. de Agosto de 1681.

D. Blas Serrate, Canonigo Doctoral de la Santa Iglesia de Zaragoça.

Los fundamentos de esta Consulta son tan solidos, y concluyentes, que no dexan razon de dudar, y assi me conformo, y subscribo. Zaragoça, y Agosto 5. de 1681.

D. Ioseph Gomez Raxo, Canonigo Penitenciario de la Santa Iglesia de Zaragoça.

Aviendo visto los fundamentos de la Respuesta a la Consulta arriba referida, me parece que son muy ajustados à toda buena Iurisprudencia, Canonica, y Civil, y assi soy del mismo dictamen, y sentir. Zaragoça, y Agosto à 4. de 1681.

Doctor Ignacio Tomas Cipres y Exea, Catedratico de Visperas de Canones.

Avien-

Aviendose movido question entre los interessados, sobre los puntos que comprehende esta Consulta, y traidome a la memoria vno de ellos, que avia firmado junto con otros Abogados, *en pregunta sencilla q̃ hizo con nombres supuestos*: Que no podia el Comissario a quien se encomiẽda vna fundacion en la forma, y manera, condiciones, y pactos, que le pareciere, reservarse al tiempo de la execucion facultad para añadir, quitar, ò mudar, y el no serle permitido el variar, por aver concluido con el primero acto; Faltando en la facultad, y en el hecho palabras, que manifiesten la reiteracion, segun el texto vulgar de la ley *Boves* 82. *§.hoc sermone, de verb.signif.* He reparado, que siendo el caso aqui propuesto el mismo que se consultò, se omitieron *hechos substanciales*, que del todo diversifican ambas Consultas; como son el aver dispuesto el señor Don Ioseph Bayetola, que diò la comission, se fundasse la Capellania, *si en el dia de su muerte tenia bienes libres*, dudando en el Testamento los tuviesse, pues reconociò, que el percebir su muger la señora Doña Teresa Ponce de Leon los bienes, y albajas que le dexava, *pendia de la liberalidad del señor Vicecanceller*; y juntamente se manifiesta, que la fundacion, y renta de dicha Capellania la hizo el señor Vicecanceller con sus propios bienes: cuyos hechos precisan a entender la diferencia tan considerable que ay entre la Consulta que firmè, y esta; y assi por lo que sobre dichas circunstancias se pondera doctamente en la respuesta de esta Consulta, entiendo deve prevalecer la vltima Disposicion hecha por el señor Vicecanceller en su vltimo Testamento: Sub Censura. Zaragoça, y Iulio a 27. de 1681.

D. Sigismundo Monter.

Tengo presente la Consulta que se me propuso con *nombres supuestos* con la Clausula primera, que viene en esta, si el Comissario pudo alterar en el Testamento los llamamientos, que avia hecho en la Institucion de la Capellania, al Patronado, y fui de sentir que no, en el caso, y terminos que escrive Ribadeneyra Noguerol *tom* 1. *allegat. iur. alleg.* 9. *num.* 36. *&* 37. *Paz de maiorat. & eorum tenuta, cap.* 34 *num.* 65. *ex l. servi electione, ff. de leg.* 1. *l. huiusmodi, §. si dictum eod. tit.* ibi: *Cum autem semel dixerit hares.*

Pero en esta hypotesi tan distante, en las circunstancias del hecho

cho del caso primero, assi por lo que tan doctamente se ha fundado, como porque no quedaron bienes libres equivalentes de D. Ioseph: Y el señor Vicecanceller su Padre dotò la Capellania de propia hazienda, y patrimonio suyo (como lo atesta en su Testamento) pudo sin Disputa, como principal Instituyente, y Fundador reservarse, en la escritura de la Institucion, la facultad de añadir, y quitar, ò mudar en vna, ò mas vezes la dicha Institucion, y vsando de la referida facultad, anteponer el llamamiento de la señora Doña Iacinta, y sus descendientes, y mudar los demàs Cótenidos en la Institucion, tanquam Moderator, & Arbiter, ex *l. in re mandata, C. mandati*: Sub censura. En Zaragoça, Iulio 29. de 1681.

D. Pedro Vaguer.

La primera obligacion del que responde à vna Consulta, es ajustar su dictamen al hecho que propone; porque la mas minima circunstancia conturba las reglas, y excepciones del drecho *l. natura cabillationis, ff. de verb. obligat. l. ea est natura cabillationis, ff. de reg. iur.* y aun por esso fue tan celebrada la prudente advertencia entre los primeros Iurisconsultos con que Scebola respondia, *ad text. in l. qui habebat in fine* 101. *& l. his verbis* 102. *§. pater familias 1 ff. de leg. 3.* y teniendo muy presente que se me consultò la primera Clausula, que refiere esta Consulta *con nombres supuestos*; y sin apartarme de que en los terminos sencillos que escriviò Noguerol *allegat. 9. à num. 35. vsque ad 53.* subscriviria lo mismo que entonces firme: Però en las circunstancias todas de hechos diferentes que contiene esta Consulta, confiesso que me precisan a entender que se deve governar la sucession del drecho de Patronato, y llamamientos de Capellanes por el testamento del señor Vicecanceller, y con singularidad por el fundamento de atestar, que la fundacion de la Capellania la hizo de propios bienes; porque su hijo Don Ioseph de Bayetola no dexò equivalentes libres (como lo atesta el Ilustrissimo Señor Vicecanceller) y siendo persona de tan alta graduacion, y en quien con eminencia compitieron las letras, y la virtud, y calidad, no serà facil de persuadir, que vsasse de la facultad de corregir, y mudar, sino en el caso permitido, y que no tuviesse bienes equivalentes su hijo; y aunque lo que tan doctamen

se se ha fundado, pudiera comprobarse con otras autoridades extrinsecas; pero no añadiendo nuevos fundamentos, no es razon que me difate, y agravie lo bien fundado, y persuadido: Assi lo siento, sub Censura. En Zaragoça a 28. de Iulio de 1681.

D. Baltasar de Yanguas y Garcia.

He visto la Consulta, y su respuesta, que està doctamente ajustada, y corriendo con la suposicion de que el Ilustrissimo Señor Vicecanceller, hizo esta fundacion de sus propios bienes, parece no queda dificultad; y assi me subscribo con el mismo sentir. En Zaragoça a 6. de Agosto de 1681.

D. Pedro Rodrigo.

Son tan solidos los motivos que fundan esta resolucion, que me precisan a conformarme con ella, y entender, que à la luz de tan segura Iurisprudencia, se miran yà vencidas quantas questiones pudiera pretender poner en disputa la parte contraria. Assi lo siento, salvo, &c. En Zaragoça a 4. de Agosto de 1681.

D. Manuel Vrbina.

RESPVESTA.

Aunque a vista de la erudicion, y literatura, que contiene la resolucion de la Consulta firmada por tantos sugetos de toda graduacion, y letras, parece ociosa mi censura: por no ser facil aumentar nuevas consideraciones en su apoyo: toda via por dictamen, afecto, y obligacion me subscribo gustoso, *entendiendo*, que el Ilustrissimo Señor Vicecanceller Don Matias de Bayetola y Cabanillas pudo en su Testamento anteponer el llamamiento de la señora Doña Iacinta Bayetola su hija, y de sus hijos, y descendientes, y posponer el del señor D. Ioseph Galvan, nieto de dicho señor Vicecanceller; y aspirando a la brevedad, iuxta *gloss. in l. 1. ff. de eo quod metus causa*, lo persuaden los fundamentos siguientes.

Porque si bien no se niega (in terminis simplicibus) que el Comissario a quien se comete vna disposicion, en aviendola hecho, consume en el primer acto la facultad, y no puede variar, ni

alterar la disposicion hecha, aunque se reserve en ella facultad, y poder para poderlo hazer, si en la Comission no ay libre Arbitrio, ò palabras, y circunstancias que lo persuadan; *vt sunt iura tex. in l. 23. & l. dotis promissio 69. de iur. dot. l. cum pater 79. §. pater, ff. de leg. 2. l. Boves 89. §. hoc sermone de verb. sign.* latissimè Tiraquel. *ad d. l. Boves*, Noguerol *alleg 9. ex num. 33. vsque ad 35.* consonat etiam *l. 35. Tauri*, & ibi omnes Tauristæ.

Empero, in præsentiarum, longè abest, que el señor Vicecanceller hiziera la Institucion de la Capellania con la facultad desnuda de Comissario, sino iure proprio, como heredero (aunque sin bienes equivalentes) de su hijo el señor D. Ioseph de Bayetola, llevado de el amor paternal, como dize en su Testamento, sirviendole de causa impulsiva la dileccion, y amor que le tuvo para hazer la dicha fundacion de Capellania; y como en ella misma atesta, cargando el capital, y anua renta sobre sus casas principales. Y en estos terminos es sin duda, que pudo en su Testamento alterar los llamamientos hechos en la Institucion, anteponiendo a la dicha señora D. Iacinta, y posponiendo à D. Ioseph, como prueba Matienço a la referida *ley 35.* de Toro, que es la *9.* de la recopilacion, *gloss. 1.* en donde despues de aver assentado la regla, q̃ el Comissario no puede variar, ni alterar las disposicion que vna vez hizo, trae la limitacion al *nu. 3.* alli: *Aliud tamen esset si testamentum faceret suo nomine, tunc siquidem non spiraret facultas vsque ad mortem, etiam si plura testamenta faceret, quipè eorum nullum nisi morte confirmatur, cap. cum Marthæ de celebrat. Missar. leg. 4. ff. de adimend. legat.*

Y que hiziera dicha fundacion de Capellania el señor Vicecanceller, no como Comissario, sino iure proprio, se persuade eficacissimamente por dos medios; El primero, porque dicho señor D. Ioseph de Bayetola cometiò a su Padre el señor Vicecanceller la fundacion de dicha Capellania condicionalmente, para en caso de quedarle *bienes libres equivalentes*; y se descubre que no le quedaron por su misma assercion, pues en su Testamento rogò a dicho señor Vicecanceller, que le diera a la señora D. Teresa Ponce de Leon su muger *los bienes muebles propios, que pareciesse, como lo esperava de su liberalidad*: Luego parece, que no le quedaron bienes al dicho señor D. Ioseph, y por lo consiguiente, que dicho señor Vicecanceller, no como Comissario, sino que iure proprio fundò dicha Capellania:

nia:

nia; El segundo, porque tambien dicho señor Vicecanceller dize en su Testamento, que no quedaron bienes equivalentes, a cuya assercion se deve estar, por ser de persona tan dignificada, y de primera magnitud: Y porque de iure, & foro a la otra parte toca probar lo contrario.

A lo dicho se junta, que aunque se confessasse absolutè, que como Comissario de su hijo hizo el dicho señor Vicecanceller la referida fundacion de Capellania, no parece pudo consumir la facultad en el primer acto de Institucion, porque esta fue informe, aviendo dicho, que todo lo que añadiera, quitara, ò mudara fuesse parte, y porcion de la Institucion, que *ex vi atractiva, sive principio atractive*. Todo lo añadido en el Testamento de el señor Vicecanceller es parte integral de el primer acto de la Institucion que otorgò, y esta inteligencia demàs de ser conforme a drecho, està calificada en conformidad de votos en la Real Audiencia, en la reposicion de la Excelentissima señora Doña Felipa Clavero y Sesse, Condesa de Aranda.

Y siguiendo la misma idea de que como Comissario de su hijo el señor Vicecanceller la dicha Institucion, se ha de suponer la amplissima facultad que le diò en todo lo que no avia expressado en su Testamento, maximè siẽdo las palabras de la Comission tan generales, y absolutas: Y es cierto, que se deve presumir, que dicho señor D. Ioseph quiso conformarse con las disposiciones de drecho, y segun aquellas, mayor afecto se presume que tuvo a la señora Doña Iacinta su hermana, que a D. Ioseph Galvan su sobrino.

De donde nace, que aviendo llamado el señor Vicecanceller en la Institucion antes al dicho D. Ioseph Galvan, que a la dicha señora Doña Iacinta su hija, muy bien pudo mudar segun la Comissiõ latissima, y voluntad presunta de su hijo, porque se presume, que por el mayor amor, y dileccion, que considera el drecho respecto de su hermana, que quiso que esta fuera preferida; y es proposiciõ constante, que siempre que el Comissario tiene en su Comission palabras de libre arbitrio (como aqui las ay) que no consume la facultad en el primer acto, vt latissimè probat Tiraquell. *in d. leg. Boves, §. hoc sermone, limit. 3. & 6.* demàs, que para lo que mudò el señor Vicecanceller bastava el arbitrio regulado, vt doctè fuit probatum in superioribus Responsis.

Y

Y quando lo que se lleva fundado no fuera tan claro, assigura con evidencia la resolucion de la Consulta el aver dotado la Capellania el señor Vicecanceller de sus propios bienes, y hazienda, vt supra diximus: Por estas razones es constante, que pudo alterar los dos llamamientos contenidos en la Institucion, anteponiendo el de la señora Doña Iacinta; y posponiendo el de Don Ioseph. Assi lo siento. Sub Censura. Zaragoça, y Iulio 24. de 1681.

D. Pedro Geronimo de Fuentes.

PARECER DEL SEñOR DOCTOR DON LAZARO ROMEO, *Tesorero de la Santa Iglesia Metropolitana de Zaragoça, y Vicario General de su Arçobispado.*

El Señor Don Matias Bayetola tuvo Facultad para disponer lo que ordenò en su Testamento, y se propone en la Consulta: Porque el Testador en las Palabras: *En la forma, y manera, y con las Condiciones, pactos, y drechos de Patronado, que parecerá a su Padre,* le diò Arbitrio libre: Con el qual pudo su Ilustrissima (hecha la Fundació de Capellania) añadir despues, y revocar lo que juzgò convenia.

Esta Verdad consta, porque dichas palabras, tan geminadas inducen dicho Arbitrio: Segun los Doctores que juntò Peregrino *de fideicommissis, art. 22. nu. 41. vers. Contrarium, in fine.*

Y tambien por lo que la Corte del Señor Iusticia de Aragon en 27. de Abril de 1623. proveyò: Y fue muy justificada la Provision, quidquid reclamet Suelves *cons. 3. per totum. semic. 1.*

Porque este Autor no advirtiò a la Doctrina de Carpio *de executoribus, lib. 2. cap. 2. nu. 20. & 54.* Que, sin duda, fue el Fundamento principal, que moviò a aquel Tribunal a hazer la Pronunciacion; El qual fue el ver, que vna Persona tan docta, grave, y virtuosa, como el Señor Obispo la Naza (Entendiendo que tenia Potestad libre; y sabiendo, y juzgando, que el Testador en las Palabras, que refiere dicho Suelves, se la avia dado) fue el que vsò de dicho Arbitrio, y revocò el Legado.

En el caso presente dicho señor D. Matias, fue tan Ilustre, y Docto, como es notorio; y de Dignidad tan preheminente, como es la de Vicecanceller de Aragon, è hizo la Adicion, y revocacion en

H su

su vltimo Testamento, afirmando con el mismo hecho, que tenia Arbitrio libre; y atestando, que el Testador (de cuya intencion, y mente tenia larga noticia) se lo avia dado, y comunicado.

Luego a esta assercion tan calificada se deve estar sin duda, *ex admonitione præliminari ad Observantias Domini Vicecancellarij Crespi, n. 20.* cui iungenda sunt adducta per Farinacium *quæst. 63. num. 56.* & Sanchez *de matrimon. lib. 3. disput. 37. num. 5.*

Signanter porque la hizo en el Testamento, con que muriò: Y con esso es visto averla hecho como si fuera mediante juramento, vt per Farinacium *quæst. 74 num. 101.*

A que se añade; que su Illustrissima como tan prudente, hizo la fundacion de Capellania, reservandose para durante su vida Facultad de poder añadir, y quitar, ò mudar lo que le pareciere, y esta Fundacion se ha de tener por començada a hazer entonces tan solamente; ex adductis per Barbosam *axiom. 12. num. 11*, y no por perfecta, y concluida. Y por consiguiente en Aragó, vbi stamus chartæ, y en donde se hizo la fundacion (siquiere para donde se hizo) ha de valer la Reserva de añadir, ò quitar, ex Tiraquello *in l. Boves, §. hoc sermone, limit. 11. num. 1.* (cum talis Reserva nihil contra ius naturale, aut divinum contineat.)

Todo lo qual procede sin disputa, porque como atesta dicho señor Vicecanceller (cuius assertioni standum omnino est, vt ponderatum est ex dicta admonitione dicti Domini Crespi) no quedaron bienes bastantes del señor Don Ioseph Testador para la fundacion de Capellania. Y dicho señor Vicecanceller añadiò ex proprijs lo que faltava, con que pudo poner, y añadir las Clausulas, y obligaciones que le pareciò; las quales se deven observar aora, ex Molina *de primogen. lib. 1. cap. 8. num. 35.* & ibi Addentes.

Ex quibus procede sin duda lo que la Consulta propone. Salva, &c. Zaragoça, y Iulio 14. de 1681.

D. Lazaro Romeo, Tesorero de la Santa Iglesia de Zaragoça y Vicario General de su Arçobispado.

P 4.

PARECER DE LOS SEÑORES DON IOSEPH PERALTA, Oficial Eclesiastico del Arçobispado de Zaragoça, y Catedratico de Prima de Canones, Don Geronimo Palacin, Catedratico de Prima de Leyes, y Don Ioseph Arpayon Torres, Catedratico de Visperas de Leyes en dicha Vniversidad.

Muy doctamente han fundado el señor Iuez de Enquestas, y otros de los firmados, que el señor Vicecanceller hizo legitima, y Foral Disposicion del Patronado en su Testamento, prefiriendo a su hija la señora Doña Iacinta Bayetola, y que para esto bastò el Arbitrio regulado. Pero si se entendiere libre, y absoluto, no puede ser dudable que tuvo autoridad para conservarse legitimamente drecho de revocar, y reformar los llamamientos de la Institucion, segun podia el mismo señor Don Ioseph, arg. tex. *in l. Fideicommissa* 11. *§ Fideicommissum, vers. Quamquam, ff. de leg.* 3. Larrea *alleg.* 75. *num.* 8. Fontan. *decis.* 525. *num.* 5.

Y parece, que aun en terminos regulares de drecho comun las palabras de la Clausula referida comprehenden arbitrio libre, assi porque el Testador no lo limita, ni coarta, Fontan *d. decis.* 525 *nu.* 20. como por la calidad del Comissario, Padre del Testador, y Vicecanceller de la Corona de Aragon, tan Docto, Christiano, y Noble como veneramos, arg. text. *in l.* 1. *ff. vbi Pup. educ. deb.* ibi: *Et solet ex persona, ex conditione, & ex tempore, Valenz cons.* 36. *num.* 33.

Mayormente siendo Proposicion constante, que si el señor Don Ioseph viviendo huviera instituido la dicha Capellania, con clausula de poder *añadir las condiciones, y pactos, y en la forma, y manera que le pareciere,* devia entenderse reservado a su favor el arbitrio libre, y absoluto para invertir, y mudar, conforme a su voluntad, ex Larrea *d. alleg.* 75. *num.* 8. Luego tambien juzgandose el señor Vicecanceller como Padre, en la interpretacion del drecho, vna misma persona con su hijo, *ex l. vlt. Cod. de imp. & alijs substit. l. cum simus, §. vlt. Cod. de Agricol. & Cens. lib.* 11. ex Langleo, & alijs, Dom. Reg. Matheu *de Regim. Valent. tom.* 1. *cap.* 4. *nu.* 46. Aumentando a esta circunstancia la de Heredero vniversal, se ha de entender atribuida, libre, y absoluta facultad a su voluntad; porque seria gravissima nota en la obligacion, y vinculo de vn Hijo creer, que no tuvo voluntad de franquear a vn Padre (a quien dexa here-

redero vniversal, y encomienda vna fundacion de tan limitados maravedises) libre, y absoluto arbitrio, vsando de las palabras, que lo induçen a su favor, y no aviendo dicho Don Ioseph, contemplado Patrones algunos.

Ni cabe en la linea del verdadero entendimiento de dicha Clausula, quisiera el señor Don Ioseph apartarse de la inteligencia, y sentir del Ilustrissimo señor Vicecanceller, que en el caso del Consejo 3. de Suelves *semic.1.* defendiò, y ganò como Abogado del señor Obispo la Nuza, que tenia arbitrio libre, y absoluto, aunque se participò la facultad por su hermano el señor Iusticia con Clausulas mas demonstrativas de arbitrio regulado; como son, *como le pareciere, segun entendiere, Y que el dicho Francisco Luis por su buen proceder lo mereciere*; las quales no se hallan en el Testamento del señor Don Ioseph: Y dicho señor Vicecanceller ganò el pleyto con la declaracion que obtuvo de no ser proseguible la eleccion de firma en terminos harto mas fuertes que los de nuestro caso: aviendo altercado con toda exaccion, vt ex ipsius iuris Responso patefit.

Y se ratificò su Ilustrissima en la alegacion que escriviò por los Patrones del legado de Iayme Callen, haziendo memoria de lo juzgado en favor del señor Obispo, alli: *Y aunque estas palabras tenian mayor dificultad que las de nuestra fundacion: Nihilominus prevaleciò la palabra PARECIERE, por la qual se tuvo por* constante, *que se le diò libre facultad, y assi lo obtuve.*

Y quando en terminos regulares de drecho pudiera tener alguna duda este discurso, no parece la puede aver segun Fuero, advierte el mismo señor Vicecanceller en la alegacion por el señor Obispo, *fol. 5. col. 1. vers. Praeterea*, alli: *Praeterea quidquid sit in terminis iuris, tamen de foro NVLLA VIDETVR superesse difficultas attenta regula forali, quae charta stare disponit.* Venturosa contingencia ha sido encontrar estas doctas Alegaciones, que escriviò su Ilustrissima de edad bien madura, y muy poco antes de ascender al Supremo: Para que se vea, que tan Insigne Varon en la Iurisprudencia, Teorica, y Practica, tenia muy vista, y premeditada su Facultad: Dudar en esto, ni en su grande literatura: *Piaculum foret.* Y a los que mejorò en el Patronado, dexò tambien en sus doctos escritos la defensa de la voluntad, y Testamento de su Ilustrissima.

Quien

¿Quien mejor que dicho Señor Vicecanceller estaria informado, y satisfecho de la voluntad de su hijo? como lo ponderava por el señor Obispo in præallegato doctissimo, Responso. His verbis: *Y como quien sabia* intus, & in cute, *hasta donde se estendia la voluntad de su hermano, lo executó: Nam desideria morientium colliguntur ex Arbitrio viventium, leg. Quoniam, Cod. de naturalibus liberis.* Convence el Assunto con muchos Argumentos, y Pruebas en el discurso de la referida Alegacion.

Gonçalez de Leon, Practico tan versado en nuestras leyes, y Fueros entendiò lo mismo en la alegacion por Don Francisco Secanilla, Patron del Beneficio, instituido por los Executores de Manuel de Ara en la Santa Iglesia de nuestra Señora del Pilar, respondiendo a vnas dudas comunicadas por el Vicario General, fol. 10. alli: *Aunque ay doctrinas, que las palabras, VT TIBI VIDETVR no importan arbitrio libre, sino regulado, seria DVRO de defender en el Reyno, porque en el comun vso de hablar, y sentir es palabra de mero Arbitrio.*

La Real Audiencia convino con este dictamen, segun consta de los Motivos, que copia el señor Sesse en la decision 237. (que tambien fue pleyto de los señores Bayetolas, y le perdiò la señora Doña Ana de Cabanillas, Madre del Ilustrissimo señor Vicecanceller) juzgando pudo distribuir libremente Don Miguel de Bayetola la herencia de su muger Doña Maria de Iaca entre los nietos, sin hazer cuenta con los hijos, aunque le dexò facultad de disponer entre Hijos, ò nietos, cuya alternativa suponia obligacion de repartirlos primeramente entre los Hijos, y en su falta entre los nietos, observando el orden de lo escrito; solamente porque participò la facultad referida con las palabras siguientes: *Ea forma, & modo quo sibi benevisum fuerit,* que son formalmente las nuestras. Veanse los Motivos de dicha decision, que son puntualissimos; y el mismo señor Sesse en la decision antecedente, *num. vltim prope finem, vers. Quidquid: vbi concludit de sententia: Et Assensu omnium Senatorum.*

Iuntanse a estos fundamentos los otros muchos, que doctissimamente se han ponderado por la facultad libre del señor Vicecanceller, que al parecer la convencen del todo. Singularmente el que consiste en aver su Ilustrissima hecho la fundacion de sus pro-

pios bienes, como lo advierte en la Institucion, y en su vltimo Testamento, manifestando su puntualidad en prevenir en la Clausula del numero 9. de la Consulta; que entraron en su poder algunas cantidades del señor Don Ioseph, que serian harto cortas, y limitadas.

Porque es bien notorio lo poco que importarian las cantidades, que por razon de los empleos de Consejero Criminal de Aragon podia alcançar a su Magestad, quando los mas señores de este Consejo en sus viages, y Comissiones gastan de su propio Patrimonio, y el señor Don Ioseph no viviò sino dos años despues que fue Ministro: Y lo haze esto patente su Ilustrissima, atestando inmediatamente en dicho Testamento; que *no quedaron del señor D. Ioseph bienes equivalentes para la fundacion de la Capellania*, cuius assertioni omnino standum est, ex Farinat. *quæst. 63. num. 56.* & pluribus alijs in superioribus responsis adductis. Y facil es de entender quan grandes fueron las cantidades que gastaria su Ilustrissima en el Entierro, Funeral, Missas, Aniversarios, lutos, y deudas de su Hijo, en cotejo de los pocos bienes libres que le quedaron, vt D. Vicecancellarius in suo vltimo elogio, morti proximus, testatur.

Ex quibus omnibus, entendemos, y tenemos por llano, que tuvo su Ilustrissima facultad de invertir los llamamientos del Patronado en la forma dispuesta en su Testamento: Salva, &c. Zaragoça, y Agosto a 5. de 1681.

D. D. Ioseph Peralta, Oficial Eclesiastico del Arçobispado de Zaragoça, y Catedratico de Prima de Canones.

D. Geronimo Palacin y Pallon, Catedratico de Prima de Leyes.

D. Ioseph Arpayon Torres, Catedratico de Visperas de Leyes en dicha Vniversidad.